

إثبات النسب بين الخريجة والقانون على ضوء قانون الأسرة

د. عبد الله الدرقاوي
دكتور دولة في الحقوق
أستاذ بكلية الحقوق السويسي - الرباط

مقدمة علمة:

تعتبر إشكالية النسب من المواضيع التي تحظى بأهمية بالغة من طرف الممارسين، سواء في حقل الفقه الإسلامي أو في حقل القوانين الوضعية، وذلك بالنظر لما يترتب عنه من نتائج بالغة الخطورة.

وموضوع النسب في الواقع العربي والإسلامي يطرح أكثر من علامة استفهام، خصوصا من حيث الإثبات والنفي.

وفي إطار بحثنا في إشكالية إثبات النسب ومبطلاته بين الشريعة والقانون، ثارت لدينا العديد من الملاحظات على مستوى الاختلاف الذي لمسناه بين الواقع والممارسة من جهة، وعلى مستوى عدم مولكة قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية والإسلامية، للتطور الذي تبنته الكثير من التشريعات المعاصرة خدمة لمتطلبات مجتمع يتطور باستمرار.

بل إن هناك من العوائق ما يمس نفي النسب بقدر ما يمس إثباته، مما يترتب عنه تصادم بين ما تصدره المحاكم من قرارات وأحكام، وما يطرحه القانون من جهة، وما يجب أن يكون خدمة لمصالح المواطنين الممارس عليهم هذا القانون من جهة أخرى.

والواقع أن الذي نستهدفه من هذا العرض المتواضع، هو رصد بعض العوائق والمشاكل التي تصطدم بكل محاولة لتطوير قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية.

خطة البحث:

انسجاماً مع رغبتنا في رصد المشاكل والعوائق التي ذكرناها في المقدمة العامة، نرى أنه من اللازم إبراز النقاط الرئيسية التي تشكل مادة التحليل والدرس في هذا البحث، من خلال فصلين:

الأول: نخصصه للقواعد في ثبوت النسب بالفرش الصحيح وبوسائل أخرى كالإقرار والبيئة وكذا لحاق النسب ومبطلاته.

الثاني: ونتحدث في هذا الفصل عن النسب في لقانون المقارن.

الفصل الأول

القواعد العامة في ثبوت النسب

أولاً: تعريف النسب:

النسب في اللغة: واحد الأنساب والنسبة، والنسبة مثله، وانتسب إلى أبيه أي لتحق، ونسبت لرجل نسبته نسيية ونسباً إذا نكرت نسبه¹، فالنسب إذن من معانيه في اللغة لقربة والانتحاق. وهو يقوم على أساس البنوة التي تربط الشخص بوالديه ويترتب على وجودها نشوء حقوق والتزامات متبادلة بين الأبوين وولدهما.

وعرفه الدكتور بدرن أبو العينين بدرن، بأنه: "رابطه سلمية، وصلة عظيمة على جانب من الخطورة".

أما في الشرع: إنه علاقة الدم أو رابط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشييه.

ورباط السلالة هذا هو السبب في تكوين الأسر ثم الأفخاذ والبطون والعشائر، والقبائل والشعوب والأمم.

والفقهاء المسلمون لم يهتموا بوضع تعريف للنسب بل تحدثوا عن مسأله، وعالجوا قضاياها دونما تحديد لمعناه.

والذي يهمنا نحن في هذا العرض، هو أن نحدد المعاني التي يطلق عليها لفظ النسب، وهو ربطة الدم أو ربطة السلالة، هاتان الرابطتان اللتان تربطان الإنسان بأصوله وفروعه وحواشييه.

فعبارة رباط نعم كل رباط آخر كرباط المصاهرة، ورباط للقربة، أو رباط للدين ورباط للولاء، ورباط للرضاع.

¹ الصحاح للجوهري، لفظ نسب.

بدرن أبو العينين بدرن: "حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون"، نشر بمؤسسة شباب الجامعة، مصر، ص: 43.

وسلالة لهم يخرج بها كل رباط آخر.

وقلنا الأصول ليدخل إقرار الأب بابنه، والفروع ليدخل التحاق الابن بآبيه، والحوالشي ليدخل إلحاق الأخ لأخيه.

وتحديد معنى النسب على هذه الصورة يساعدنا على أمور كثيرة منها:

أ- معرفة أسبابه وأللة إثباته، وطرق نفيه، والطرق لدلالية عليه.

ب- معرفة الأحكام المترتبة عليه من تحريم المحرمات، واستحقاق الإرث، وأحكام لولاية والحضانة، والنفقة، وأحكام الحدود والجنايات إلى غير ذلك.

وقد حاول بعض الفقهاء تعريف النسب في الشرع فقال " هو حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث إن للشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي أو ملك صحيح ثابتين. أو لشبهين بالتبثبث الذي يكون الحبل (الحمل) من مائة". وهذا هو نسب المولود لأمه وأبيه دونما مانع شرعي يمنعه كاللعان في الحرية والنفي في الأمة، فيدخل نسب المولود في كل من علا في ولادة أحد الأبوين (الأجداد للآباء والأجداد للأمهات) أو بكونهما - أي الشخصين) مولودين من والدة واحدة، وهذا نسب الأخوين للشقيقين أو لأم، أو بين شخصين والنتهما في عصمة شخص، وليست في عصمة آخر بنكاح " وهذا في الأخوين الشقيقين والذين لأب وأبنائهم وأبناء الأعمام، وهذا كله يقع بثبوت شرعي أو بادعاء لا يبطله للشرع (كالأدعاء الباطل الذي يخالف أحكام الشريعة، أو تكذبه العادة أو يكذب من له حق في تكتيبه)².

ويطلق على النسب أسماء أخرى وهي:

أ- الصلب: وهو النسب بين الآباء علواً أو سفلاً.

ب- الرحم: وأصله النسب بين الأبناء والأمهات، ويطلق على نسب ذوي الرحم الذين بين أصول الأمهات، وهم الأجداد والجذات للأم وإن علواً. وبين فصول الأمهات من الإخوة لأم وإن سفلاً، وأطراف الأمهات من الأخوال والخالات وأبنائهم.

² الدكتور أحمد حمد، " النسب في الشريعة والقانون" دار القلم، الكويت ط. الأولى 1983، ص: 18.

ج- القرابة: وهي النسب الشامل لنوي الصلب، ونوي الأرحام، ولو بعد هذا النسب، قال تعالى " لا أسألكم عليه أجرا إلا المودة في القربى"³.

د- القعد: وهي درجة القرب من الجد الأكبر من جهة الأب ما على، يقال فلان سواء مع فلان في القعد من فلان أي في القرب من أُننى جد.

ثانيا: لمحة تاريخية عن النسب:

في العصور القديمة كان النسب أمرا غير ذي بال لدى بعض الأقوام، ومن ثمة فلم يكن يهتم كثيرا بنسبة الولد إلى أبيه، بحيث يكفي نسبته إلى القبيلة، ففي آسيا مثلا كانت بعض الأسر لا ترى أية فائدة في تخصيص المرأة لرجل. ولا تخصيص الرجل بامرأة.

كما كان بعضهم يرى نسبة الولد للام لا نسبته للأب، وما زالت بعض الدول الاشتراكية أو الشيوعية في أيامنا هذه ترى وترعى شيوعية النسب، وتعتبر الدولة هي أم الجميع.

إن فوضى الصلاة الجنسية أو الإباحة الجماعية هي التي سالت لدى الأسر القديمة، وتبعاً لهذا السبب لم يكن من علاقة بين الولد والأبناء استناداً إلى رأي بعض الباحثين في تاريخ الأسر، غير أن الملاحظة على هذا للرأي هو في الحقيقة رأي مرفوض انطلاقاً من أن بدء الإنسان كانت من أم واحدة وأب واحد، وهذا هو الاعتقاد السائد لدى جميع الأديان السماوية. ومن ثمة فإن ما يقع فيه بعض الباحثين من خطأ في موضوع لفوضى الجنسية فإنما يأتي من إغفالهم لهذه الحقيقة التاريخية عن النسب.

وفي هذا السياق ذهب المستشرق روبنسن سميت في مؤلفه " الأكسلب والزواج عند العرب في الجاهلية" إلى تقرير الأمور التالية:

1- أن العائلة القديمة ليس لها أب معطوم، وإنما ترأسها أم كثيرة للرجال.

2- أن حق الأبوة حق لم يسبق عهد الإسلام بكثير.

³ سورة الشورى، آية 23.

3- أن أنساب العرب كلها أكاذيب، ذلك أن أسماء القبائل ليست أسماء رجال عاشوا كما يزعمون، بل إن أكثرها يشبه الطوطم عند الأمم المتوحشة.

إن هذا الموقف الذي تبناه روبنس سميت بوضوح وضعية الأنساب ما قبل الإسلام، ففي عرض للنظريات المتعلقة بتأثير الأسرة⁴ باعتبارها أول خلية اجتماعية، نجد أن العصور السحيقة لما قبل التاريخ قمت لنا أنواعا مختلفة للنظام الأسري السائد في تلك الفترة، حيث سادت المشاعية في كل جوانب الحياة في الملكية والجنس وغيرها.

ثالثا: مدى غالية الإسلام بالنسب:

أولى الإسلام للنسب غالية فائقة، وخصه بتنظيم محكم يحقق هدفين ساميين هما:

المحافظة على طهارة الأنساب، وإن يكون لكل إنسان نسب شرعي، فالنسب في منظور الشريعة رابطة مقدسة ونظام حيوي، وهذا ما يفسر اهتمام الشارع الكريم به، حتى لا تضله الأهواء والعواطف فتمنحه لمن نشاء، وتمنعه ممن نشاء: فالشريعة نظمت النسب على أسس متينة وسليمة، فحرمت على الآباء أن ينكروا أبناءهم أو يدعوا بنوة غيرهم، حيث قال تعالى في سورة الأحزاب "لادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"⁵.

كما أن السنة النبوية العطرة أكدت ما ورد في القرآن بهذا الخصوص، حيث قال للرسول صلى الله عليه وسلم "أيا رجل جدد ولده وهو ينظر إليه لاحتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق"⁶.

وكذلك حرم الإسلام على الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم، فقال صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"⁷. بل وأكثر من هذا، لقد حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس من صلبه فقال صلى الله

⁴ الدكتور التهامي: مقدمات في تاريخ المؤسسات القانونية والوقائع الاجتماعية، ص: 109.

⁵ سورة الأحزاب، آية 5

⁶ رواه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة.

⁷ رواه البخاري في كتاب الفرائض، حديث متفق عليه.

عليه وسلم" أيما امرأة أخلخت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته⁸.

رابعاً: من له حق النسب:

النسب حق الله تعالى أولاً، وحق الأب والأم والولد ثانياً.

أ- فهو حق الله: لأنه من الحقوق الشرعية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بحيث يمنع منعاً كلياً على الزوجين الاتفاق عند إبرام عقد الزواج على نفي النسب عن الأولاد الذين سيكونون ثمرة هذا القران، ويبرهن صاحب المحيط البرهاني على أن النسب حق لله عز وجل بقوله " إنه يتضمن حرمت كلها لله تعالى " حرمة المرأة وحرمة الأمومة والأبوة. ومعنى حرمة المرأة أنه لا يحل مخالطتها إلا بطريق الزوجية أو ملك اليمين، وبهذا لا ينسب الولد إلا لمن خالطها على أحد الوجهين السابقين.

وحرمة الأبوة والأمومة أن الله تعالى أوجب حقوقاً تجب مراعاتها، ولا تمكن هذه الرعاية إلا بالمحافظة على الأنساب.

ب- النسب حق للأب: فمتى ثبت نسب الولد من أبيه ترتب على ذلك جميع نتائج القرابة من إرث وغيره، بحيث يرث الأب ابنه عند وفاة هذا الأخير، كما يخول ذلك للأب أن يكون خصماً في دعوى النسب منه، إلى جانب الولاية التي تخول للوالد على ولده للقاصر. بالإضافة إلى حق ضمه إليه، وكذلك يترتب على ثبوت نسب الولد من أبيه أن يتحمل الابن عبء الإنفاق على ولده متى كان ميسوراً، وأبوه في خصاصة.

ج- النسب حق للأم: ويتجلى ذلك في كون إثبات النسب للمرأة نسب ابنها من أبيه فيه حماية للولد من المهانة والعار، وفيه صيانة لشرفها وسمعتها.

د- النسب حق للولد: وذلك لما فيه من صيانة له من الضياع ونفي لعار ابن الزنا عنه، وما يستتبع ذلك من انحطار وذل وحرمان من حقوق الابن الشرعي من إرث ونفقة وحضانة وما إلى ذلك من حقوق خولتها له الشريعة الإسلامية وكذلك للقوانين للوضعية.

⁸ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص: 45.

الفرع الأول: أدلة النسب في الشريعة الإسلامية

تنقسم أدلة إثبات النسب في الشريعة الإسلامية إلى أدلة خاصة بالنسب وأدلة عامة في النسب وغيره.

أولاً: الأدلة الخاصة في إثبات النسب:

وهي الأدلة التي لا تستعمل في غير إثبات النسب، وأول دليل من هذه الأدلة هو:

أ- ثبوت النسب بالفراش الصحيح:

لقد اختلف في معنى لفراش، فذهب الأكثر إلى أنه اسم للزوجة، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، وقيل إنه اسم للزوج روي ذلك عن أبي حنيفة.

وأشدد ابن الأعرابي مستدلاً على هذا المعنى بقول جريح:

باتت تعانقه وبات فراشها.

وفي القاموس أن للفراش زوجة الرجل قيل: ومن فراش مرفوعة".

والمراد بالفراش الصحيح هو الزواج المستوفي شروطه، ويلحق به الدخول بالمرأة في عقد زواج فاسد. ووطء بشبهة. كأن يخالط امرأة زفت إليه على أنها زوجته، وليست زوجته حقيقة، أو أن يخالط المرأة التي طلقها بلفظ ليس من ألفاظ الطلاق للصريحة. مثل ما ورد في كتاب تبيين الحقائق للزيلعي⁹، قوله "إن نكحتها فهي طالق فولدت لستة أشهر منذ نكحها، لأن السبب من آثار الحمل، فالمرأة إذا ولدت لستة أشهر منذ عقد النكاح لزم الرجل نسبه للمولود ومهر أمه.

أما للنسب فلأنها فراشه، وهو متصور لأنها إذا ولدت لستة أشهر من وقت التزوج، فقد ولدت لأهل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في النكاح، فإن قيل إن كان متصوراً من الوجه الذي نكرتم وهو مضي الزمان. لكن لا يتصور حقيقة، لأن الوطء في هذا العقد

⁹ الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج. 3 ص 38.

غير ممكن لوقوع الطلاق عقبة من غير مهلة، فوجب أن لا يثبت نسب منه، كما لا يثبت من لصبي لعن الماء حقيقة، قلنا هذا هو لقياس وهو قول زفر وقول محمد الأول.

وفي الاستحسان يثبت وهو قول محمد الأخير لأن النسب يحتال لإثباته، وقد أمكن ذلك، بأن يجعل كأنه تزوجها وهو مخالط لها فوافق الإنزال للنكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك لأنه حكمه، وحكم الشيء يعقبه أو يقارنه على ما قلناه لبعض، فيكون العلوق (الحمل) مقارنا للإنزال فيثبت به النسب لما ذكرنا أنه يحتال لإثباته".

فالمعتبر إذن في ثبوت النسب بهذا السبب، الزوجية للقائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، فإذا ولدت الزوجة ولدا حملت به من زوجها، فإن نسبه يثبت من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار زوجها بأبوته، ولا إلى بيعة تكتي بها على ذلك¹⁰.

فعقد الزواج يمكن الزوج من الاتصال الجنسي الذي ينشأ عنه الولد، وهو أمر خفي لا ترتبط به الأحكام، فأقيم مقامه عقد الزواج الصحيح الذي يقصر تلك الزوجة على زوجها، بحيث لا يحل لها أن تمكن غيره من الاتصال بها، ولا من الاختلاء بها خلوة مربية.

والأصل حمل حال الناس على الصلاح والاستقامة حتى يثبت العكس.

وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لولد للفراش وللعاهر الحجر"¹¹.

فالولد لصاحب الفراش وهو الزوج، وللعاهر وهو الزاني لرجم بالحجر عقوبة على جريمته إذا كان ممن يجرمونه بزناهم أو الخيبة أو الخسران ولا نسب له.

ويشترط في ثبوت النسب بالفراش في الفقه الإسلامي شروطاً أربعة هي:

الشرط الأول: أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكناً بأن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً قارب البلوغ، فإذا كان الزوج صغيراً لا يتصور الحمل منه لم يكن الولد ثابت النسب منه، وإذا كان الزوج بالغاً، ولكنه لم يلتق بزوجه أصلاً لم يثبت ولدها منه عند جمهور الفقهاء.

¹⁰ الدكتور محمد بكر اسماعيل: "الفقه الواضع من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة" ج.2، ص: 187.

¹¹ رواه البخاري.

الشرط الثاني: أن تلتي الزوجة بالولد ستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها لا من تاريخ الدخول بها، فإنه بمجرد العقد عليها يباح له أن يتصل بها اتصالاً جنسياً. وهذه المدة هي أقل مدة للحمل باتفاق الفقهاء استنباطاً من قول الله تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً، حملته أمه كرهاً، ووضعته كرهاً، وحمله وفصله ثلاثون شهراً"¹². وقوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن، وفصله في علمين"¹³.

فقد قررت الآية الأولى أن الحمل والفصال، وهو القطام يتمان معا في ثلاثين شهراً، وقررت الآية الثانية أن لقطام وحده يكون في عامين، فيبقى للحمل وحده أخذاً من مجموع الآيتين ستة أشهر.

وقد زكى هذا التفسير ترجمان القرآن، الصحابي الجليل عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، فقد روى أن رجلاً تزوج امرأة ثم جاءت بولد ستة أشهر من تاريخ زواجهما. فهم عثمان رضي الله عنه بتنفيذ عقوبة الزنا عليها، فردّه ابن عباس وقال له "إنها لو خاضعتكم بكتاب الله لخصمتكم" قال تعالى: "وحمله وفصله ثلاثون شهراً" وقال "وفصله في علمين" فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فمنع عثمان رضي الله عنه الحد عنها وأثبت نسب الولد من زوجها.

واشتهر هذا بين الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكره أحد منهم¹⁴.

الشرط الثالث: أن تلتي بالولد في مدة أقل من سنتين هلاليتين من تاريخ الفرقة بينهما بطلاق بائن أو بالوفاة.

وهذا ما يراه فقهاء الحنفية استناداً على ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما تزيد للمرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود للمغزل" أي لا يزيد الحمل في بطنها عن لسنتين شيئاً من الوقت مهما كان قصيراً.

ولكن إذا جاءت بولد بعد طلاقها من زوجها طلاقاً رجعياً ثبت نسبه منه في أي وقت تجيء به ولو مضى على طلاقها الرجعي سنتان فأكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه.

¹² سورة الأحقاف، آية 15.

¹³ سورة لقمان، آية 14.

¹⁴ كتاب أحكام الأولاد في الإسلام، ص: 14.

والأمر محمول حينئذ على أن الزوج قد راجعها وهي في العدة قد يطول وقتها إذا امتد زمن طهرها، فجاءت بهذا الولد من الفراش الذي استدامته الرجعة.

ويرى المالكية أن أكثر مدة الحمل أربع سنين استنادا إلى بعض الحوادث التي صحت عندهم.

وفي ذلك يروى عن مالك بن أنس أنه قال: "هذه جاريتا لمرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة، كل بطن أربع سنين". وذهب الظاهرية إلى أقصى مدة الحمل تسعة أشهر عملا بالغالب الكثير.

الشرط الرابع: في ثبوت النسب بالفراش، ألا ينفي الزوج هذا النسب، فإذا نفاه انتهى نسبه منه، بعد أن يلاعن زوجته للعان الشرعي.

هذه هي الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش الصحيح.

وترى الشيعة الإمامية أن العقد وحده كان في إثبات الفراش بالنسبة للزوجة، فلو ادعى زوجة امرأة وصدقته حكم بالعقد ظاهرا وتولوا بالزوجة.

ب- ثبوت النسب باللقافة:

وهي دليل آخر من الأدلة الخاصة بإثبات النسب.

واللقافة جمع قائف، والقائف من يعرف الآثار، وفي القاموس، قاف أثره تبعه كقفاه ولقفاه.

وهي شرعا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضوا به باعتبار ما بين الآباء والأبناء من شبه وإلحاق النسب به، أو هي الحكم بهذا الاعتبار، فقد ثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت "دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تر أن مجزرا المنلجي، نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبنت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض؟ فسر للنبي صلى الله عليه وسلم بقول للقائف".

فإذا ادعى أكثر من واحد بنسب شخص له، ثبت نسبه لمن أقام البيئة على الادعاء به، فإن أقامها أكثر من واحد عرض على لقافة¹⁵ الذين يعرفون الأنساب بالشبهة، ومتى حكم بنسبه قائف واحد أخذ بحكمه، متى كان مكلفا نكرا عدلا، مجربا في الإصابة.

وزهد الأحناف إلى عدم الأخذ بالقافة في إثبات النسب.

والمالكية يقولون بالقافة كليل للنسب ولكن في الإماء لا في الزوجات الحرث.

يقول الصلوي في حاشيته على شرح الدردير " لو وطئ الشريكان الأمة بطهر ومثلها البائع والمشتري - وهذه مسألة كثيرة الوقوع ولا سيما في هذه الأزمنة - ولت بولد ستة أشهر من وطء الثاني، ولاداه كل منهما، فالقافة تدعى لهما فمن ألحقته به فهو ابنه، ولو كان أحدهما نميا والآخر مسلما. وأحدهما عبدا والآخر حرا¹⁶.

لما للشافعية فيقولون بالقافة في إثبات النسب في الحرث والإماء على السواء، قال الشافعي فإن قال قائل أرأيت إن دعوت لقافة لولد الأمة يطؤها رجلان بشبهة، فإن كانت حرة، فوطئت بشبهة، أدعو لها لقافة؟ قلت نعم.

فإن قال ومن أين؟ قلنا للخبر عن عمر أنه دعا لقافة لولد امرأة لأن القائف يتبع أثر الشبه وينظر إلى من يتصل به فيحكم به بصاحب الشبه.

ثبوت الولادة:

قد علمنا أن الزوج إذا أنكر نسب الولد إليه باللعان عند القضاء، انتفى عنه ولحق بأمه، وهو في هذه الحال لا ينكر الولادة وإنما ينكر أن الحمل منه.

فإذا أنكر الولادة وادعى أن زوجته لم تلد، وإنما جاءت بهذا الولد من مكان ما. كأن يكون لقيطا مثلا، فإنه تثبت الولادة بشهادة القابلة أو أية أسرة مقبولة للشهادة أو الطبيب الذي قام بالتوليد.

¹⁵ فالقافي في ذلك الوقت هو بمثابة الطبيب اليوم الذي يستطيع تحديد النسب عن طريق التحليل الطبي لدم المولود وتسليمه شهادة طبية بذلك، لكي تكون حجة لدى مدعي النسب.

¹⁶ بلغة السالك، ج.2، ص.461.

هذا إذا لم يعترف الزوج أو المطلق بالحمل، أو كان حملها ظاهراً واعترف به الورثة، أما إن اعترف بحملها أو كان الحمل ظاهراً واعترف به الورثة لم يكن هناك حاجة إلى شهادة امرأة أو رجل. وإنما يكفي قول للمرأة نفسها، لأن الولادة ثابتة بالحمل الظاهر المؤدي إليها أو بالاعتراف بالحمل سابقاً.

المحور الثاني: الأدلة العامة في النسب وغيره

وهي الأدلة التي تستعمل قضاء لإثبات حقوق وأحكام منها النسب وأول دليل من هذه الأدلة هو الإقرار ثم للبيئة، فالقرعة، وحكم للقاضي ثم الاستقاضة.

غير أننا في هذا العرض سنقتصر على دليلين من الأدلة العامة وهما الإقرار والبيئة في لفقه الإسلامي.

أولاً: ثبوت النسب بالإقرار:

فكما يثبت النسب بالفرائش الصحيح يثبت بالإقرار وهو: الاعتراف بنسبة الولد إلى المقر وإن لم يذكر السبب في ثبوته.

فإن قال رجل هذا الولد مني وأنا أبوه وكان الولد مجهول النسب ثبت نسبه إليه بشروط أربعة:

الأول: أن يكون الولد مجهول النسب، فإذا كان معروف النسب لم يكن لإقراره فائدة، فإن كان الولد له فهو له من غير حاجة إلى مطالبته بالإقرار به، وإن لم يكن له فلا يصح أن يدعيه لنفسه لقوله تعالى "ادعهم لآبائهم هو أقسط عند الله".

الثاني: أن يولد للمقر مثل الولد الذي أقر به عادة ولادعاه لنفسه فإن كان الولد أكبر منه، أو مساوياً له في السن أو أصغر منه بقليل لم يحكم له به، ولم يلحق بنسبه، ويكون إقراره فاسداً لمخالفته لحكم العقل.

الثالث: ألا يصرح للمقر بأن هذه البنوة نشأت من الزنا، فإن صرح بذلك لم يثبت نسبه وألحق الولد بأمه، لقوله صلى الله عليه وسلم "لولد للفراش وللعاهر الحجر" أي له الخيبة والخسران، أو المعنى لا شيء له.

فإن العرب كانوا إذا أُرلوا أن ينفوا حق إنسان في الشيء قالوا: "له الحجر" أو للمعنى أن العامر له الرجم إن كان محصنا والحديث أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما.

الرابع: أن يصادق المقر له بالبينة على إقراره، إذا كان من أهل المصادقة والتميز، فإن لم يكن من أهل المصادقة والإقرار وكان صبيًا غير مميز أثبت النسب بهذا الإقرار المجرد، الذي ترجح لقرائن صحته لتعذر المصادقة حينئذ، ولأن مصلحة الصغير الأبية في إثبات نسبه من المقر، حتى لا يكون مجهول النسب¹⁷.

ثانياً: ثبوت النسب بالبينة:

إذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو ابن لابنه وأنكر المدعى عليه هذه الادعى فأثبتها المدعى بالبينة. حكم له لقضاء بثبوت هذا النسب بوصفه نسبا حقيقياً قامت على صحته للبينة الشرعية، وترتب عليه جميع الآثار الشرعية من الميراث وغيره.

وغني عن البيان أن الفرائش الصحيح هو من أقوى البراهين على صحة النسب ثم يليه الإقرار ثم يليه البينة الشرعية. وقد نهى الله عز شأنه عن إدخال شخص في قوم ليس منهم وإخراج شخص من نسب قومه وهو منهم: لما يترتب على ذلك من الفوضى والفساد وضياح الحقوق وهم المبادئ التي قام عليها النظام الأسري، روى أبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله الجنة، وأيا رجل جحد ولده وهو ينظر إليه لحتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة".

نكتفي بهذا القدر من أدلة ثبوت النسب في الفقه الإسلامي، وننتقل إلى ثبوته في بعض القوانين المقارنة.

¹⁷ الدكتور محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص. 190.

الفصل الثاني

ثبوت النسب في بعض القوانين المقارنة

من الثابت تاريخياً أنه لم يكن الأساس الذي قامت عليه القوانين في الشرق أو في الغرب سليماً، ولذلك اضطربت فيها القوانين ولخلت بناؤها، وأصبح هذا الاضطراب أو هذا الاختلال هو الأصل، أما الثبات والاستقرار فهو الشذوذ، فالعلاقات الاجتماعية حساسة جداً، والعلاقة الأسرية منها أشد حساسية.

إن صور الزواج، وصلة الرجل بالمرأة من مخانة وغير مخانة، والأولاد شرعيون، وغير الشرعيين الذين هم ثمرة هذه الصلة، ونظام التبني بأنواعه وغير ذلك مما يتصل بالأسرة يطالعها الباحث في هذه المجتمعات على اختلاف نظمها السياسية والاقتصادية. فقد يختلف نظام الأسرة بالنسبة لهذه المجتمعات من حيث الشكل والصياغة، لكنها على كل حال تكاد تتفق في الخطوط العريضة التي تجمع بينها، فلا تجد نظاماً يختلف عن الآخر في جواز الأخذ بشرعية الأولاد الذين جاءوا عن طريق الزواج، أو في الأخذ بالنفقة بين الأولاد الشرعيين أو الطيبعيين، والدارس لقوانين البلاد الغربية أو الشرقية يطالع للملاحق التالية:

1- التأثير بالبلاد المستعمرة.

2- سيطرة التقاليد، الأمر الذي نتج عنها أنها تقف عقبة في سبيل التطوير أو التجديد في قوانينها.

3- الاقتباس من القوانين المكتوبة، وهذا الاقتباس جعل من القوانين الشرقية أو الغربية أن تكون متقاربة أو متحدة، ولا سيما في نظام الأسرة، وقد رأينا أن نعطي صورة عن قوانين بعض الدول مع اختلاف اتجاهاتها ولخترنا أن نصنف تلك القوانين لاعتبارات غربية وشرقية وإسلامية.

أولاً: ثبوت النسب في القانون الفرنسي:

إن القانون الفرنسي قد بنى هيكله وأقام قواعده وصاغ مبادئه على نظريات القانون الروماني، فالحمل أثناء الزواج يلحق بالزوج في القانون الفرنسي، ولكن ورغم هذا فإن الزوج يستطيع أن ينفيه إذا ثبت أنه من يوم الزواج وحتى 180 يوماً قبل مولد هذا الطفل، كان في مكان بعيد، أو كان مصاباً في حادث بسبب عجز في اتصاله بزوجه، ولا يستطيع الزوج عند إثبات عجزه الطبيعي أن ينفي الولد حتى بسبب الزنا، ما لم تكن الولادة قد أخفيت عنه، وفي أية حالة يسمح له بعرض كل الوقائع المؤيدة لعدم أبوته.

وفي حالة الحكم أو حتى طلب الطلاق أو الانفصال الجسدي، فلزوج نفي الولد الذي ولد بعد 300 يوم، أي عشر شهور بعد القرار المنصوص عليه في المادة 236 من القانون المدني الفرنسي والمادة 878 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية أيضاً، أو ولد في أقل من 180 يوماً (أي ستة شهور) من تاريخ الطلب الأخير أو من التصالح.

وأبوة الفراش الثابتة بالمادة السابقة لا تطبق على هذا الولد حتى عند عدم نفي، إذا كان قد اكتسب الشرعية بالزواج المشروع من أمه طبقاً لأحكام المادة 331، ولا تقبل قضية ترفع لنفي الولد أي النسب إذا ثبت أن هناك اتصالاً في الواقع بين الزوجين.

والطفل الذي ولد قبل تمام 180 يوماً من الزواج لا يستطيع الزوج أن ينفيه في الحالات التالية:

1- إذا كن على علم بالحمل قبل الزواج.

2- إذا حضر تحرير شهادة الميلاد، أو إذا كانت هذه الشهادة موقعة منه، أو تتضمن اعترافاً بعدم معرفته للكتابة.

3- إذا لم يكن قد أعلن أن الطفل قبل الحياة.

يمكن أن ترفض شرعية الولد الذي جاء بعد 300 يوم من الانفصال إذا كان الزوج حاضراً في مكان ولادة الطفل، فيجب إعلان نفيه في مدى شهر في مختلف الحالات التي يسمح له فيها بذلك، وفي مدى شهرين بعد عودته إذا كان غائباً أثناء الولادة، وفي مدى شهرين كذلك بعد اكتشاف التليس إذا أخفيت عنه ولادة الطفل.

وإذا مات الزوج قبل إعلان النفي وما زال الوقت مناسباً لإعلانه فلورثة أن يرفضوا شرعية الولد في مدى شهرين من وقت تسلمه أموال أبيه، أو من وقت معرفة نخداعهم بهذا التسلم.

كل إعلان غير قضائي يتضمن النفي من قبل الزوج أو ورثته يعتبر كأن لم يكن، إلا إذا أعقبه رفع القضية إلى العدالة في مدى شهر، ضد وصي الولد وفي حضور أمه. نسب الأولاد الشرعيين يثبت بشهادة الميلاد المسجلة في سجل الأحوال المدنية. وعند عدم هذه الشهادة يكفي حوز الولد الشرعي بصفة دائمة.

ثانياً: ثبوت النسب في قوانين بعض الدول الإسلامية والعربية:

هناك قسم مشترك بين الدول الإسلامية والدول العربية، فكلهم عاشوا تحت نير الاستعباد الاستعماري حقبة من الزمن تختلف من بلد لآخر، والقانون من الأنظمة التي تغري الطوائف المفتونة بالمستعمر للاقتباس منها أو الأخذ بها كلية، بحجة أنها السبب في تطوير البلاد المستعمرة ووصولها إلى هذه الحال من الغلبة والقوة، وتمكنها من ناحية الحضارة المادية والتقدم العلمي الحديث. ونرى أن نبدأ بمصر لأن لها تأثيراً في الغالب على كثير من الدول العربية.

ثبوت النسب في القانون المصري:

نتناول موضوع ثبوت النسب في القانون المصري بناء على المادة 15 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929، ونصها: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة ألت به بعد سنة من غياب الزوج عنها، ولا لولد المطلقة، والمتوفى عنها زوجها إذا ألت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة"¹⁸.

وكذلك المادة 42 من نفس المرسوم المتعلقة بالحمل ونصها: "إذا توفي الرجل عن زوجته أو معتته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمس سنوات وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة، ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين.

¹⁸ راجع فيها الدكتور أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 464.

الأولى: أن يولد حيا. ل 365 يوما، على الأكثر من تاريخ الموت أو للفرقة إن كانت له معتدة عدة موت أو فرقة، ومات للمورث أثناء للعدة.

الثانية: أن يولد حيا. ل 270 يوما على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت للوفاة.

وقد جاء في المذكرة التفسيرية بالنسبة لدعوى النسب: "بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن، يثبت نسب ولد الزوجة في أي وقت أتت به مهما تباعد للزوجان، فيثبت نسب ولد زوجته، مشرقية من زوج مغربي عقد للزواج بينهما مع إقامة كل في جهة دون أن يجتمعا من وقت العقد، إلى وقت للولادة لاجتماعا تصح معه للخلوة، وذلك بناء على مجرد جواز اللاجتماع بينهما عقلا.

كذلك يثبت ولد المطلقة باثنا إذا أتت به لأهل من سنتين من وقت الطلاق، ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأهل من سنتين من وقت للوفاة.

ويثبت ولد المطلقة في أي وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء للعدة، والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد النظم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على لادعاء نسب أولاد غير شرعيين.

ولما كان رأي للفقهاء في ثبوت النسب مبنيا على رأيهم في أقصى مدة الحمل، ولم بين أغلبهم رأيه ذلك إلا على إخبار بعض للنساء بأن الحمل مكث كذا سنتين، والبعض الآخر كلبي حنيفة، بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة، فلم تر الجهة للمسؤولة عن إثبات النسب كوزارة العدل مثلا مانعا من أخذ رأي الأطباء في للمدة التي يمكنها الحمل. فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل 365 يوما حتى يشمل جميع الأحوال للنازلة.

ويظهر من نص المادة للمذكرة التفسيرية أن الأحكام للخاصة بالنسب ومدة الحمل كانت تجري طبقا لمذهب أبي حنيفة قبل أن يصدر المرسوم بقانون 1929.

ولم تبين المذكرة التفسيرية على أي رأي من آراء المذاهب الفقهية المدونة لستنت للجنة التشريعية في وضع هذه المادة وما يتصل بها من تحديد أقصى مدة الحمل، واكتفت بتعليل ذلك بفساد النعم ورأي الطبيب وعدم ورود نص من كتب أو سنة في هذا الموضوع إلا أثر عن عائشة بنى أبو حنيفة عليه رأي في أن أقصى مدة الحمل سنتان.

نكتفي بهذا القدر من الحديث عن القانون المصري لمتعلق بثبوت النسب، وننتقل إلى بيان النصوص القانونية في القانون اللبناني التي تنظم ثبوت النسب.

القانون اللبناني:

جاء في القانون اللبناني الصادر سنة 1948 للنصوص المنظمة لثبوت النسب كالتالي:

المادة 137: أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة يوم.

المادة 148: إذا ولدت الزوجة حال قلم الزواج الصحيح ولدا لتمام مائة وثمانين يوماً فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج، وإن جاءت به لأقل من مائة وثمانين يوماً من تزوجها فلا يثبت نسبه إلا إذا أقر به صراحة أو دلالة.

المادة 139: إذا نفى الزوج الولد المولود لتمام مائة وثمانين يوماً من عقد الزواج فلا ينتفى إلا إذا نفاه في غضون شهر من تاريخ الولادة إذا كان حاضراً، ومن تاريخ علمه بالولادة إذا كان غائباً.

المادة 140: لا ينتفى نسب الولد في الأحوال الآتية:

1- إذا نفاه الزوج بعد مضي الوقت المبين في المادة السابقة.

2- إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة.

3- إذا نزل الولد ميتاً ثم نفاه.

4- إذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعاً.

المادة 141: إذا ولدت المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ولدا لأقل من ثلاثمائة يوم من وقت الطلاق أو الوفاة يثبت نسب ولدها. أما إذا جاءت به لأكثر من ثلاثمائة يوم فلا يثبت نسبه.

المادة 142: إذا ادعت الزوجة الولادة وجدها زوجها وأنكر تعيين الولد ثبتت الولادة كما يثبت تعيين الولد بشهادة القابلة ومن حضر عند الولادة من النسوة.

المادة 143: يثبت نسب الولد إذا ولد لأقل من ثلاثمائة يوم من وقت الفرقة إذا كان الزوج أو الورثة قد أقرّوا بالحمل أو كان الحمل ظاهراً أو غير خاف.

المادة 144: لا يثبت عند إنكار النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من يوم العقد. ولا للنسب لولد زوجة ألتت به بعد ثلاثمائة يوم من غيبة الزوج عنها.

هذا عن قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين في لبنان، أما الطوائف الأخرى غير المسلمة في لبنان فلها قوانينها المستقلة بها. والتي تنص فيها على التبني والأولاد الشرعيين وغير الشرعيين كالقوانين الأوربية سواء بسواء بل تعتبر نسخة طبق الأصل منها.

ويؤخذ على القانون اللبناني ما يلي:

1- أنه جعل أقصى مدة للحمل بالنسبة للمطلقة والمتوفى عنها ثلاثمائة يوم خلافا للقانون المغربي ، المادة 86 لفقرة 2 التي جعلت مدة الحمل سنة، والقانون المصري المادة 42، 15، والقانون السوري، المادة 130، 131، 132، فقرة ثانية، والقانون اللبناني في هذا يتابع القانون الفرنسي في المادة 313.

2- لم ينكر القانون اللبناني كيف يكون نفي الولد إذا ما أراد للوالد ذلك، هل يكون بطريق اللعان كما في الشريعة أو بطريق آخر كما في القوانين الأخرى. ولكنه نص على ما يتعلق بنفي الولد من صحة أو بطلان خلافا للقوانين المصري والسوري.

القانون اليمني:

لقد أصدرت اليمن الديمقراطية قانوناً للأسرة سنة 1974، وجاء في النصوص المتعلقة بالنسب ما يلي:

المادة 37: أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثرها سنة شمسية.

المادة 38: أ- يثبت نسب الولد في الزواج الصحيح من الزوج بشرطين:

1- أن يمضي على عقد الزواج مدة الحمل.

2- ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين غائبا في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.

ب- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج أقر به أو ادعاه.

المادة 39: إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عنتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وهو بهذا يخالف القانون اللبناني كما سبقت الإشارة إلى ذلك ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة.

المادة 40: المطلقة والمتوفى عنها زوجها المقترنان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من 180 يوما من وقت الإقرار، وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت.

المادة 41: 1- المولود من زواج لم تكتمل شروطه بعد الدخول لمائة وثمانين يوما فأكثر من تاريخ الدخول يثبت نسبه من الرجل.

2- إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق.

المادة 42: إذا جاءت امرأة بعد اتصال برجل بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، يثبت نسبه من هذا الرجل.

المادة 43: الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة.

المادة 44: إقرار النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادق المقر له، وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك.

ولم تتضمن هذه المولد في القانون اليمني كثيرا من الأحكام التي تتعلق بالنسب، ولا سيما في الحالات التي يزيد فيها الحمل على أكثر مدته مع تقرير الأطباء والخبراء بسلامة هذا الحمل وصحة نسبه إلى الزوج.

وعلى كل حال فإننا نود أن يكون هناك قانون موحد يلتزم به المسلمون في كل قطر من هذه الأقطار، ويكون هذا القانون مأخوذاً مما يتفق عليه الفقهاء في جميع المذاهب المدونة، وفي المسائل التي لم يتفقوا عليها يؤخذ بالرأي المناسب للمجتمعات الإسلامية بعد الإطلاع على نوعية القضايا المعروضة على محاكمها ومعرفة الأسباب التي تدعو إلى كثرتها أو نكاثرها علماً بعد عام.

إننا نرجو من الله أن يتحقق ذلك في المستقبل القريب أو البعيد، وفي انتظار تحقيق هذه الأمنية الغالية نسأله التوفيق والسودد إنه ولي التوفيق.